



Dados do acórdão

Classe: Conflito de Competência

Processo: 2005.024162-5

Relator: Ronaldo Moritz Martins da Silva

Data: 28/07/2009

Conflito de Competência n. 2005.024162-5, de São José

Relator Designado: Des. Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva

Conflito negativo de competência. Ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens. Relação homoafetiva. Artigos 226, § 3º, da Constituição Federal, 1º da Lei n. 9.278/1996 e 1.723 do Código Civil de 2002. União estável. Aliança entre homem e mulher. Competência da Vara Cível para processar e julgar o feito. Conflito não acolhido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2005.024162-5, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que é suscitante a MMA. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível, sendo suscitado o MM. Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por maioria, julgar improcedente o conflito negativo, para declarar competente o Juízo suscitante, nos termos do voto do relator. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pela MMA. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José em face do MM. Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da referida comarca, que, de ofício, declinou da sua competência para processar e julgar a "ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens" (processo n. 064.04.002277-7) proposta por [REDACTED] em face de [REDACTED], com fundamento no artigo 115, II, do Código de Processo Civil (fls. 70/75).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Tycho Brahe Fernandes, opinou pela procedência do conflito, para que seja fixada a competência do Juízo suscitado (fls. 80/83).

VOTO

Extrai-se dos autos que, em 19.2.2004, [REDACTED] ajuizou "ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens" em face de [REDACTED] (fls. 05/19), ao argumento de que desde 24.1.1998 mantém com o réu uma relação afetiva estável.

Alegou, ainda, que 1) residiam na casa de sua mãe e que compartilhavam, portanto, o mesmo teto; 2) durante a relação, adquiriram um automóvel [REDACTED] e vários bens móveis, que aparelhavam a residência, contraindo inúmeras dívidas, as quais ocasionaram a inscrição de seu nome em cadastros de inadimplentes; 3) após vários desentendimentos, em 15.12.2001, se afastou do lar de sua mãe, permanecendo o requerido no local; 4) "[...] empregou, na aquisição do patrimônio comum, herança que recebeu em decorrência da morte de seu pai [...]" (fl. 07).

O processo (n. 064.04.002277-7) foi distribuído originariamente à Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da comarca de São José.

Por meio do *decisum* de fl. 56, o julgador singular determinou a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis, sob o fundamento de que "o ordenamento jurídico pátrio não reconhece como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo".

Entendeu, portanto, tratar-se de competência estabelecida em razão da matéria, motivando a sua decisão nos artigos 91 do Código de Processo Civil e 96 do Código de Divisão e Organização Judiciárias.

Recebido o mencionado processo, por regular redistribuição, a MMa. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da aludida comarca, com base no artigo 115, II, da referida lei processual, suscitou o presente conflito negativo de competência, sob as seguintes considerações:

[...] a doutrina e a jurisprudência mais atentas ao processo de evolução porque passam as sociedades modernas, entenderam que a diversidade de sexos não é conditio sine qua non para a percepção conceitual da família, percebendo-se que o fator primordial para a formação familiar é a afetividade.

[...]

Assim sendo, cabe ao Poder Judiciário acompanhar atento às transformações pelas quais passam a sociedade moderna, reavaliando certos conceitos e pré conceitos em relação ao Direito de Família, tornando-se um poderoso instrumento contra qualquer tipo de discriminação, no sentido de se alcançar uma sociedade mais justa, fraterna e igualitária (fl. 04).

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, disciplina:

Art. 226. [...] § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A Lei n. 9.278/1996, que regula o mencionado dispositivo constitucional, dispõe, no seu artigo 1º:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

O Código Civil vigente, de 2002, estabelece, no artigo 1.723:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O legislador determinou que a união estável é constituída pela aliança de um homem e uma mulher, em situação de inexistência de impedimentos para o casamento, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de formar entidade familiar. Não permitiu, sob ponto de vista meramente jurídica, a sua equiparação à união homoafetiva, a qual, como é óbvio, deve ser respeitada como união livre.

Merece consideração, à evidência, os consistentes argumentos deduzidos no parecer de fls. 80/83. Contudo, entendeu a maioria não ser possível rejeitar a expressa vontade da lei quanto à definição da união estável.

Sublinhe-se que o Ministério Público, em sessão de julgamento, por intermédio de seu ilustre Procurador de Justiça, sustentou entendimento divergente do esposado às fls. 80/83.

Por estes motivos, decidiu-se, por maioria, julgar improcedente o conflito, para declarar competente o Juízo suscitante.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por maioria, julgar improcedente o conflito, para declarar competente o Juízo suscitante, nos termos do voto do relator.

O julgamento, realizado no dia 9 de outubro de 2008, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Trindade dos Santos, e dele participaram, com voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Eládio Torret Rocha e, ficando vencido, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Monteiro Rocha.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2008.

Ronaldo Moritz Martins da Silva

Relator DESIGNADO

Conflito de Competência n. 2005.024162-5, de São José

Relator designado: Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha:

Na comarca de São José, A. E. D. ajuizou Ação de Dissolução de Sociedade de Fato c/c Partilha de Bens contra M. C. F., alegando manter com este relação homoafetiva duradoura, em período em que, em comum esforço, adquiriram patrimônio comum.

A ação foi endereçada ao juízo de família da comarca de São José, que declarou sua incompetência para processar e julgar o presente feito, entendendo que o mesmo deve ser processado no juízo cível, sob a alegação de que o ordenamento jurídico não contempla como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo e por entender que os autos discutem exclusivamente a partilha de bens.

Com vista dos autos, o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de São José também declarou-se incompetente para processar e julgar o feito, suscitando o presente conflito de competência.

O magistrado suscitante invoca o princípio constitucional da igualdade e o reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, para sustentar a competência da Vara de Família da Comarca de São José, pelo que postula a procedência do conflito para declarar competente o juízo suscitado.

As razões de suscitante e suscitado acompanham o ofício que suscitou o presente conflito negativo de competência.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, declarando-se competente a Vara de Família.

Brevemente relatados os autos, passo às razões pelas quais divergi da douta maioria

É tormentosa em doutrina e jurisprudência a caracterização de união homoafetiva como entidade familiar. Contudo, não mais se discute sobre a possibilidade de divisão de patrimônio comum amealhado no percurso dessas relações.

A exordial (fls. 05/19) não deixa dúvidas. Ao contrário do que foi afirmado pelo juízo suscitado, o pedido não se resume à questão patrimonial, postulando o autor da ação, entre outros requerimentos, "a total procedência da ação, decretando-se a dissolução da sociedade de fato" (fl. 18).

Entendo que a discussão de fundo - dizer se existe entidade familiar na união supostamente vivenciada pelas partes - não deve ser objeto de apreciação neste conflito de competência. Com efeito, decidir aqui se a união havida entre os litigantes é, ou não, entidade familiar, é apreciar diretamente o pedido formulado por A. E. D., sem que o réu tenha sequer ingressado na ação.

Todavia, a questão atinente à competência está imbricada à natureza jurídica da relação homoafetiva, porquanto, tratando-se de mera 'sociedade de fato', tramita-se o feito na justiça cível e, tratando-se de situação análoga à união estável, portanto entidade familiar, a questão deve ser submetida à apreciação da vara de família, com os princípios e normas inerentes a esse direito especializado.

Entretanto, como o objeto do feito restringe-se em fixar a competência em razão da matéria para apreciar o pedido do requerente - dissolução da união homoafetiva que diz ter mantido com o réu -, entendo que a decisão proferida neste conflito de competência não sujeita o julgamento de mérito da causa, inexistindo, portanto, empecilho para resolução da lide com base nos princípios e normas de direito de família.

Normas de competência sempre são, em última análise, normas de distribuição da atividade jurisdicional fundamentadas em critérios objetivos, dos quais destacam-se o território em que a lide deve ser julgada, a matéria jurídica posta em julgamento ou a pessoa que integra o processo. Não passam, todavia, de normas administrativas, de política judiciária, cujo objetivo é distribuir a atividade jurisdicional e impedir que a parte escolha o magistrado que examinará sua pretensão.

Sendo assim, não há óbice a que o Tribunal de Justiça do nosso Estado edite norma regimental a respeito da matéria, especificando unidades jurisdicionais - especializadas ou não - que terão a incumbência de processar e julgar lides envolvendo direitos decorrentes de uniões homoafetivas.

Na ausência de norma específica a respeito do tema, contrapõem-se em fundamentos os magistrados das varas cível e de família da comarca de São José. Aquele sustentando que a questão deve ser por esse apreciada, pois a matéria é de direito de família, e esse, ao revés, entendendo que as uniões homoafetivas não comportam solução através de normas de direito de família e, por isso, remetendo o feito àquele.

A questão é tormentosa em doutrina e jurisprudência pátrias.

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça tem apontado como solução o reconhecimento de 'sociedade de fato', com efeitos exclusivamente patrimoniais e, em consequência, tramitação nas varas cíveis aplicando-se regras de direito obrigacional para solver as lides.

Entendo que o posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça merece reflexão.

Pesquisa jurisprudencial realizada revelou que, em 10/02/1998 foi submetido a julgamento da 4ª Turma do STJ, o REsp. n. 148.897/MG, relatado pelo eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar. A decisão não apreciou a questão referente à competência, pois tratava-se de ação em que parceiro homoafetivo pretendia garantir partilha de bens amealhados com esforço comum, em demanda direcionada contra genitor de seu ex-companheiro (falecido). Naquela

oportunidade, o direito à meação foi garantido ao ex-companheiro sob o fundamento de que houve 'sociedade de fato' entre eles.

Em 14/12/2004, sem referenciar o julgado de 10/02/1998, o STJ reafirmou o entendimento de que uniões homoafetivas equiparam-se a sociedades de fato e, tratando especificamente sobre a competência para o julgamento de ações dessa natureza, entendeu o seguinte:

"Tratando-se de pedido exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis" (STJ - 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, in REsp. n. 323.370/RS, j. em 14/12/04).

Fazendo referência ao Recurso Especial n. 148.897/MG, em 26/04/2005 a 4ª Turma do STJ retornou a examinar a questão da competência, mantendo o posicionamento de que a dissolução de sociedade de fato homoafetiva 'assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações' e concluindo que 'neste caso, porque não violados os dispositivos invocados, a homologação [de acordo firmado pelas partes] está afeta à vara cível e não à vara de família' (STJ - 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, in REsp. n. 502.995/RN, j. em 26/04/05).

Mais recentemente, precisamente em 10/10/2006, a 3ª Turma do STJ, em acórdão lavrado pela eminente Min.^a Nancy Andrighi, enfrentou também a questão, reafirmando o posicionamento de que as uniões homoafetivas devem ser examinadas sob a ótica do direito obrigacional (in REsp. n. 773.136/RJ).

Antes desse julgamento, porém, a 3ª Turma do STJ apreciou pedido de inscrição de parceiro homoafetivo em plano de assistência médica de seu companheiro. Nesse julgado (REsp. n. 238.715/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 07/03/06), essa egrégia Turma entendeu que "o homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana". Foi além, asseverando expressamente que "a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica".

Refletindo sobre os julgados do egrégio Superior Tribunal de Justiça, entendo que os posicionamentos da 3ª Turma nos Recursos especiais ns. 773.136/RJ e 238.715/RS são divergentes, porquanto a mera 'sociedade de fato' traduz obrigações recíprocas exclusivamente aos integrantes da união, sem reflexo a terceiros, enquanto que a percepção da união homoafetiva como sociedade análoga à união estável, configura-se como entidade familiar, atingindo terceiros, tal como ocorreu no REsp. n. 238.715/RS, em que entidade de previdência privada foi compelida a reconhecer vínculo existente entre casal homossexual, incluindo no plano de assistência médica parceiro homoafetivo.

Anoto ainda que, em 07/12/2006 a 4ª Turma do STJ voltou a posicionar-se no sentido de que "entende a jurisprudência desta Corte que a união entre

pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado" (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *in Resp.* n. 648.763/RS).

A par do entendimento sufragado nas Turmas do Superior Tribunal de Justiça com competência para lides de natureza privada, a 6ª Turma do STJ, em julgado referente a direito previdenciário, entendeu o seguinte:

"Diante do §3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva" (STJ - 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *in REsp.* n. 395.904/RS, j. em 13/12/05).

Parece-me evidente que o direito à pensão por morte só pode ser deferido a quem possui vínculo familiar com o 'segurado'. Não se cogita, em meu sentir, deferir-se pensão por morte a sócio de 'segurado', indicando que a 6ª Turma do STJ caminha no sentido de que as uniões homoafetivas ultrapassam o conceito de mera sociedade de fato, sendo inseridas no hoje elástico conceito de família, pois baseadas em convivência e afeto.

Feita essa reflexão jurisprudencial, entendo que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as uniões homoafetivas são sociedades de fato com meros direitos obrigacionais, deve ser objeto de revisão.

Parece-me que a questão objeto dos autos deve ser resolvida observando-se a evolução do direito de família nos últimos anos e a consciência de que as relações familiares atuais são reconhecidas, menos por semelhanças genéticas ou papéis nupciais, e mais por afeto e convivência.

Tratando sobre as diversas formas de família, Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias, observa o seguinte:

"Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realizada mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou, daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório. Segundo Michele Perrot, despontam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.

"A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a

melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade - que não se alterou - de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem. No contexto do mundo globalizado, ainda que continue ela a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do conceito de família" (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias 3ª edição: revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36).

Especificamente sobre relações homoafetivas, Maria Berenice Dias, na obra acima referida (p. 43), esclarece o seguinte:

"Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

"Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada.

"Vêm se tornando freqüentes decisões judiciais que acabam por extrair conseqüências jurídicas dessas relações. Como ainda o tema é permeado de preconceitos, predomina a tendência jurisprudencial de visualizar tais vínculos como mera sociedade de fato. Tratados como sócios, aos parceiros somente é assegurada a divisão dos bens amealhados durante o período de convívio e de forma proporcional à efetiva participação na sua aquisição. Felizmente, começa a surgir uma nova postura. Reconhecidas as uniões homoafetivas como entidades familiares, as ações devem tramitar nas varas de família. Assim, nem que seja por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação".

Como se vê da doutrina e dos fatos sociais, a sociedade mudou há muito. Uniões homoafetivas não são novidade e as conseqüências jurídicas decorrentes dessas uniões não podem ser esquecidas pelos operadores do direito. A ausência de norma regulando o fato social não é empecilho para solucionar lides decorrentes dessas relações, até porque eventual omissão legislativa é suprida pelo comando normativo inserto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, impondo ao magistrado a solução do caso com

base em analogia, costumes e princípios gerais de direito, em face do impeditivo previsto no art. 126 do Código de Processo Civil.

Adotar-se o entendimento de que há mera 'sociedade de fato' nas uniões homoafetivas, *data venia*, é suficiente para solucionar lides que envolvam a dissolução desses relacionamentos e divisão do patrimônio amealhado na constância da união. Entretanto, não se apresenta capaz de resolver outras situações como direito sucessório e direito a pensão previdenciária.

Nesse contexto, entender-se a união homoafetiva como mera 'sociedade de fato' pode implicar em decisões injustas, como impedir o direito sucessório de parceiro(a) em detrimento de familiares, os quais, muitas vezes, afastam-se, em vida, do autor da herança, como repúdio e não aceitação da prática homossexual.

Tratando especificamente sobre o tema da competência, Maria Berenice Dias, no texto doutrinário antes citado, aponta enfaticamente que 'as ações devem tramitar nas varas de família', sem preocupar-se em fundamentar tal posicionamento. Talvez assim o faça porque, no Tribunal de Justiça Gaúcho, onde atua a eminente magistrada, tal matéria não tem mais espaço para discussão, conforme se lê nos seguintes julgados:

"Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das Varas de Família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais" (TJRS - 8ª Câmara. Civ., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, *in* Agravo de Instrumento nº 599075496, j. em 17/06/99)".

"Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo" (TJRS - 7ª Câmara. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, *in* Apelação Cível Nº 70015169626, j. Em 02/08/2006)".

O posicionamento consolidado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro nesse entendimento - vide Agravo de instrumento n. 599075496, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, 8ª Câmara. Civ., j. em 17/06/99) -, tem sido adotado em outros Tribunais da Federação. À guiza de exemplo, cito os seguintes precedentes:

"É da vara de família a competência para processar e julgar ação declaratória de união homoafetiva por meio da qual as autoras pretendem assegurar-se direitos patrimoniais como entidade familiar" (TJMG - 8ª Câmara. Civ., Rel. Des. Edgard Penna Amrin, *in* Apelação cível n. 1.0024.05.817915-1/001, de Belo Horizonte, j. em 25/01/2007).

"Indeferimento da inicial. Reconhecimento de união estável homoafetiva. Pedido juridicamente possível. Vara de Família. Competência. Sentença de

extinção afastada. Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito" (TJSP - 8ª Câ. de Dir. Priv., Rel. Des. Caetano Lagrasta, *in* Apelação cível n. 552.574-4/4-00, de São Paulo, j. em 12/03/08).

Lembrando que a questão *sub-judice* passa, também, pelo exame do art. 226, §3º, da Constituição Federal da República, aduzo ao posicionamento dos tribunais de justiça antes transcritos, palavras do eminente Min. Celso de Mello, ao julgar medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Antes de transcrevê-las, lembro que a ADI questionava a constitucionalidade da Lei n. 9.278/96, que, ao regular o art. 226, §3º, da CF/88, teria conteúdo discriminatório, pois reconhecia como família apenas uniões formadas entre pessoas de sexo distintos.

Diante da revogação da Lei n. 9.278/96 pelo novo Código Civil, a ADI foi considerada inviável. Entretanto, sua Excelência o Ministro relator, Min. Celso de Mello, consignou em sua decisão o seguinte:

"UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

"...A ocorrência da derrogação do art. 1º da Lei nº 9.278/96 - também reconhecida por diversos autores (HELDER MARTINEZ DAL COL, "A União Estável perante o Novo Código Civil", "in" RT 818/11-35, 33, item n. 8; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Comentários ao Novo Código Civil", vol. XX/3-5, 2004, Forense) - torna inviável, na espécie, porque destituído de objeto, o próprio controle abstrato concernente ao preceito normativo em questão. É que a regra legal ora impugnada na presente ação direta já não mais vigorava quando da instauração deste processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

"...Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da

dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

"Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "União Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

"...Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" - considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas" (STF - Decisão monocrática na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3300/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 03/02/06).

Entendo importante, ainda, trazer aos autos texto doutrinário de Maria Berenice Dias, citado pelo eminente Min. Celso de Mello, porque aplicável ao caso vertente:

"A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também

o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar.

"A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas.

"Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

"Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades.

"Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.

"Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso.

"Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar.

"Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade" (DIAS, Maria Berenice, *in* União Homossexual: O Preconceito & a Justiça. 3ª edição. Livraria do Advogado, 2006, pp. 71/83 e 85/99).

Em suma, entendo que as relações homoafetivas enquadram-se no conceito de família e, com isso, merecem a proteção das normas e princípios do direito especializado.

Avaliando a questão referente à administração judiciária e ao fim precípua das normas de competência, qual seja, distribuir os trabalhos observando, no campo da competência *ratione materiae*, a especialização do direito, pondero que as matérias suscitadas e debatidas neste acórdão são objeto de discussão por doutrinadores de direito de família. Seus estudos aprofundados são feitos

em Congresso de direito de família e as partes, objetivando solucionar lides dessa natureza, buscam escritórios especializados em Direito de Família.

Ao que me recordo, não se vê em congressos de direito obrigacional discussão atinente a tal matéria, evidenciando que o senso lógico e razoável é de que tais feitos sejam, realmente, submetidos à apreciação de juízes especializados em direito de família, isto é, quando houver unidade jurisdicional privativa de direito de família, os feitos de tal natureza devem a ela serem dirigidos.

É o que ocorre no caso concreto, porquanto existe vara privativa de Direito de Família na comarca de São José, precisamente o juízo suscitado.

Por essas razões, peço venia para divergir da douta maioria e julgar procedente o conflito negativo de competência para declarar o juízo suscitado competente para o exame dos autos n. 064.04.002277-7.

Florianópolis, 03 de julho de 2009.

MONTEIRO ROCHA

Desembargador